

EL POSITIVISMO JURIDICO EN EL PENSAMIENTO DE FRANCESCO CARRARA

Fernando Meza Morales

Generalmente se acepta que CARRARA es un conspicuo representante del pensamiento jusnaturalista en el campo de la teoría jurídico penal. No podría ser de otra manera frente a declaraciones programáticas expresas incorporadas en sus prolegómenos del "Programa de Derecho Criminal". A cada paso, además, encontramos la referencia a una instancia trascendental. "Ahora, bien, si el estado de sociedad civil era necesario a la raza humana para la observancia del precepto moral, la sociedad que debía expresar la forma especial del orden señalado al hombre por la mente suprema, desde el primer instante de su creación, no podía ser sino una sociedad cuya dirección se unificase en un centro común de 'autoridad'. Y esta autoridad no podía menos que estar provista del poder de 'prohibir' ciertas acciones y de 'reprimir' al que intentara cometerlas a pesar de la prohibición. La sociedad civil, la autoridad que la preside, el derecho de prohibir y de reprimir que se le concede, no son más que una cadena de instrumentos de la ley del orden. Por lo tanto, el derecho penal tiene su génesis y su fundamento racional en la ley eterna de la armonía universal".⁽¹⁾

En el aparte transcrito despunta una inquietud que perfila todo el pensamiento carrariano, como es la del destino de la libertad personal frente a los poderes del Estado. Heredero del más genuino pensamiento individualista enunciado como principio político por BECCARIA e incorporado orgánicamente al pensamiento ju-

(1) CARRARA, Francesco; Programa de Derecho Criminal; Trad. de Ortega Torres y Guerrero; Tomo I, N° 2978; Editorial Temis, Bogotá, 1956; pág. 16.

rídico penal por FEUERBACH bajo las formas latinas que definen la legalidad del delito y de la pena, CARRARA persigue un fundamento de su teoría del libre albedrío a la par que la legitimidad del acto de autoridad estatal que lo restringe. "Dios habría podido crear al hombre impecable, negándole la capacidad de transgredir los preceptos suyos, así como negó a los cuerpos el poder de resistir a la fuerza de gravedad; pero entonces no habría habido 'deberes', ni 'derechos', y todo sería 'necesidad'. Mas esto destruía el libre albedrío, y hacía al hombre incapaz de mérito y de demérito. Supuesto, pues el libre albedrío, o era preciso enviar sobre la tierra una legión permanente de espíritus superiores como guardianes y vindicadores de la ley moral, o se llegaba a este inevitable dilema: dejar el precepto moral sin observancia, o encomendar su tutela al brazo del hombre."⁽²⁾ Aquí aparecen dos puntos de partida: uno supuesto y otro verificado. CARRARA presupone el libre albedrío, lo que vale tanto como decir que no puede ser verificado.⁽³⁾ Pero a la vez reconoce un poder coactivo como necesario para la existencia del derecho. Si los mandatos del Derecho son fiel trasunto de los imperativos del orden moral, no puede en cambio compartir el destino de éste so pena de terminar en la anarquía, pues las leyes morales no tienen en sí la fuerza de la coacción "excepto en el 'sentido moral'", lo que vale tanto como decir que su única sanción se encuentra en la conciencia.⁽⁴⁾ Semejante estado de cosas conduciría al "desorden en el mundo moral" y finalmente al "desorden también en el mundo físico."⁽⁵⁾ La simple comprobación de la verdad histórica le conduce finalmente a concluir: "Para completar la actuación de la ley del orden en la vida terrena, era menester, pues, un hecho ulterior en virtud del cual la ley moral se reforzara, en este mundo, con una coacción y con una sanción 'sensibles', de modo que el precepto moral, que imponía al hombre el respeto de los derechos de la criatura, no fuese palabra vana, y el mundo moral, presa de continuo desorden, no hiciera feo contraste con el orden que domina al mundo físico. Esta ley coactiva y represiva, que no tenía en sí misma la ley mo-

(2) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

(3) En última instancia, en este punto se aproxima al pensamiento ferriano, pues éste parte del supuesto de que el libre albedrío no puede ser experimentalmente demostrado y, por tanto, no puede ser utilizado por el razonamiento jurídico; en tanto que CARRARA lo maneja como categoría a priori sólo por cuanto supone también su indemostrabilidad experimental.

(4) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 13.

(5) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

U. de A.

ral, no podía encontrarse más que en el brazo mismo del hombre".⁽⁶⁾ Los apartes transcritos ponen de presente el agudo contraste del ferviente defensor de la libertad individual con el convencido defensor de la idea de orden. Esas palabras encontrarán años después un desarrollo sistemático en la teoría kelseniana del derecho, la cual cifra la diferencia fundamental entre norma moral y norma jurídica en que la sanción de ésta puede ser coactivamente ejecutada por una autoridad estatuida por el propio ordenamiento jurídico en tanto que la sanción de la primera queda librada a la conciencia personal; también la idea de orden ha quedado sistematizada como idea de seguridad jurídica en la teoría pura del derecho.

CARRARA es consciente de esta tensión dialéctica y trata de salir al paso de alguna objeción que lo identifique con una idea absolutista del Estado, contra la cual se ha conformado precisamente todo el pensamiento clásico del derecho penal. "No es, pues, verdad que el derecho penal restrinja la libertad humana. No es limitación de la libertad humana el impedimento que se interpone entre el asesino y la víctima, porque la libertad humana no es otra cosa que la facultad de ejercer la propia actividad sin agraviar los derechos ajenos. La libertad de uno debe coexistir con la libertad igual de todos. La restricción nace de la ley natural, que dio a la humanidad derechos, e impuso a los hombres el deber de respetarlos. La ley humana no aminora la libertad al circunscribirla dentro de los límites de la naturaleza".⁽⁷⁾ Este, evidentemente, es un esfuerzo orientado a mantener la coherencia de la doctrina. Buscar un fundamento al poder coactivo del Estado en la ley natural sólo traduce el afán de limitar su función legislativa, pues de la premisa de que la ley natural impone deberes y derechos no se sigue necesariamente que ellos deban ser garantizados coactivamente sino solo que la violación de la ley que los consagra comporta una sanción, que en el caso de la ley moral (CARRARA lo afirma) radica solo en la conciencia. Mas parece que CARRARA solo hubiera tenido en mente al legislador, * pues no otra cosa indica su afán siempre reiterado de trazarle pautas a la función le-

(6) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 14.

(7) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 19.

* La actividad judicial quedaba demarcada y limitada, en garantía de la libertad individual, con el postulado de la estricta sujeción del juez a la ley. Esa concepción mecanicista se encuentra plenamente superada, a la par que la idea de que el juez creaba derecho (como si fuera legislador) cuando interpretaba la ley, y por eso se le negaba función interpretativa.

gislativa postulando criterios cuya acogida la hace conforme a la ley natural, o cuya desestimación la hace disconforme con esa misma ley; en uno o en otro caso, permitiendo decir que la ley es justa o injusta. De aquí que uno pudiera sentirse inclinado a pensar que CARRARA hace depender la validez objetiva del orden jurídico de su conformidad con la ley natural. Pero esa no es la consecuencia, como trataremos de demostrarlo, concluyendo a la vez que la ley natural, en el pensamiento carrariano, solo constituye un ideal sin proyección ninguna en la validez del ordenamiento jurídico. En última instancia el único derecho para CARRARA es el derecho positivo, pero a esa posición llega por consideraciones puramente políticas y no por exigencias metodológicas.

El breve contenido del numeral 21 del Programa, con el pie de página respectivo, son de una densidad digna de cuidadoso análisis, pero los fines de un breve ensayo solo examinan esos textos en la medida necesaria para probar la tesis enunciada como título. CARRARA define el delito civil en los siguientes términos: "La infracción de la **ley del Estado**, promulgada **para proteger la seguridad de los ciudadanos**, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".⁽⁸⁾ (El subrayado no es del texto). Dejemos de lado, por el momento, la significación de la expresión "infracción" como concepto relacionante, y ocupémonos de la cláusula "ley del Estado". Qué alcance tiene definir el delito como violación de la "ley del Estado" y no como violación de la "ley natural"? Un jusnaturalista como FRANCK, citado por el mismo CARRARA en el mencionado pie de página, rechaza toda pretensión de derivar la noción de delito de la ley puesta por el hombre, reclamando en cambio la exclusiva referencia a la "ley suprema del derecho". Siguiendo esa línea de pensamiento, tal autor considera inadmisibles que una acción malvada sea lícita porque el legislador no la prohíbe como delito, o que una acción inocente sea criminal por el simple "capricho" del legislador al definirla como tal. Con estas ideas, deducidas coherentemente de principios jusnaturalistas, polemiza CARRARA, pero empieza por reconocer que ellas son inobjetables desde la perspectiva en que se encuentra FRANCK, y a ellas remite al legislador que quiera expedir leyes sabias y justas. Sin embargo, CARRARA no pierde de vista la factibilidad de que el legislador se desvíe de tales pautas; algo más, no olvida lo que al respecto enseña la experiencia histórica. ¿Qué hacer entonces con las provisiones legales que en un momento dado descono-

cen o se oponen a las directrices del derecho natural? FRANCK no vacila para afirmar que semejantes disposiciones no constituyen derecho; pero CARRARA tampoco duda en reconocerles naturaleza jurídica. FRANCK desenvuelve un pensamiento jusnaturalista sistemático; CARRARA se opone a él. Pero su aspiración jusnaturalista ha arraigado en su pensamiento con tanta magnitud que no puede abandonarla abruptamente y debe recurrir a un subterfugio: suponer que la ley "ha sido dictada de acuerdo con la suprema ley natural jurídica".⁽⁹⁾ Esta solución transaccional no constituye una verdadera solución del problema, y de ello se percata CARRARA, porque puede plantearse de nuevo de manera más radical: ¿qué ocurre si la ley que "se supone" dictada conforme a la ley natural posee un contenido completamente opuesto a lo que se supone es tal ley natural? Aquí no se puede eludir una definición y CARRARA lo comprende cuando de manera categórica y sin lugar a equívocos declara: "Nuestra definición conserva en el delito su última condición, esto es, la prohibición de la ley del Estado. Esta prohibición podrá ser buena o mala, justa o injusta, pero no obstante, permanecerá siempre como un hecho jurídico el que, en aquel Estado, es delito infringir tal prohibición".⁽¹⁰⁾ Semejante declaración deja muy pocas posibilidades para persistir en la creencia de que su autor sea jusnaturalista, pues se acerca sorprendentemente a más recientes elaboraciones positivistas que afirman la validez del derecho con independencia del valor justicia, es decir, que el derecho injusto también es derecho válido y ello porque la justicia no es valor que condicione la validez objetiva del Derecho.

La última declaración es formulada luego de oponerse enérgicamente a toda definición del delito que se haga sin referencia a la ley positiva, como consta en el siguiente aparte: "Ahora bien, si de la definición del delito quitáis la idea de la ley promulgada, vais a parar evidentemente en estas dos consecuencias: que al ciudadano le falta la regla escrita de la propia conducta, ya que el juez se convierte en legislador. Definid el delito como la 'violación de un deber social', o bien, con FRANCK (op. cit., pág. 133), como 'cualquier ataque a la seguridad y a la libertad, ya de la sociedad, ya de los individuos', y decidme después, si, frente a esta definición, no queda enteramente abandonado al fluctuante arbitrio del

(8) CARRARA, Francesco; ibidem; parágrafo 21; pág. 43.

(9) CARRARA, Francesco; ibidem; pág. 44.

(10) CARRARA, Francesco; ibidem; pág. 44.

juez el atribuir a una acción el carácter de delito, en los casos concretos.⁽¹¹⁾ Estas palabras recorren el velo que oculta la vocación positivista contenida en el pensamiento carrariano. Dijimos que si en KELSEN esa orientación se debe a rigurosas exigencias epistemológicas y metodológicas, en CARRARA tal postura es desarrollo de su pensamiento político. Para destacar esa procedencia ideológica conviene fijar dos ideas: a) el pensamiento clásico del derecho penal, de la más genuina estirpe liberal, opone un derecho penal como política. Si al sistema penal del Estado absolutista); b) el pensamiento clásico recoge la corriente codificadora desechando la tendencia consuetudinaria, representada ésta sobre todo en la escuela histórica de SAVIGNY. El pensamiento clásico, al menos en nuestra vertiente latina, tiene como referencia obligada la obra de BECCARIA, quien contrapone a un sistema absolutista de derecho penal vigente un sistema liberal de derecho penal como política. Si al sistema penal del Estado absolutista lo podemos caracterizar simplificadamente, a partir del interés del Monarca, como indefinición de conductas ilícitas, penas y procedimientos, al sistema propuesto por BECCARIA, que parte de la libertad personal como punto de referencia de la autoridad estatal, lo podemos caracterizar por la definición de los delitos (que debe ser estricta y previa como lo puntualizará con posterioridad el pensamiento jurídico), de las penas y de los procedimientos. Esas garantías no pueden alcanzarse a nivel de normas generales, pues el Monarca bien puede variar a su arbitrio todo el sistema, sino por medio de una organización estatal que separe las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, atribuyendo a una de ellas la ordenación general y a otra la decisión de los hechos particulares. Las definiciones delictuosas no deben establecerse a partir de la autoridad sino a partir de la libertad. Con esas perspectivas tomó cuerpo como doctrina la Escuela Clásica, y de ahí que la obra de CARRARA constituya en realidad una política criminal orientada a fijar pautas al legislador cuando en su función deba restringir la libertad individual; el casuismo de su obra no es más que un alegato en favor de la libertad que permita encontrar todas las líneas que perfilen la conducta que sea rigurosamente necesario prohibir, conforme al postulado de que el legislador solo tiene derecho a prohibir aquéllos comportamientos necesarios a una mínima exigencia de orden. Y si el pensamiento de CARRA-

(11) CARRARA, Francesco; *ibidem*; pág. 44.

RA es aprovechable actualmente en su mayor parte,* sobre todo en los delitos en particular, ello se debe a que nuestros legisladores han traducido en normas positivas sus enseñanzas. //

Desde este punto de vista liberal, opuesto a la tradición absolutista, el pensamiento clásico es un pensamiento revolucionario. Pero también lo es como insigne representante de la corriente codificadora. La escuela histórica, adalid de la costumbre sobretodo de estirpe romana, constituye evidentemente un pensamiento conservador.⁽¹²⁾ Nada compagina mejor con el sistema absolutista que una amplia facultad a los jueces en la determinación de los delitos y de las penas (a veces restringida por las ordenanzas reales), pues al fin de cuentas la costumbre requiere que los jueces reconozcan en ella una fuente de derechos y obligaciones. Pero a la vez, nada queda sometido a una condición más precaria que la libertad personal, y ello fue advertido por los clásicos con toda nitidez, quienes reclamaron en su salvaguardia una clara definición de los delitos, de las penas y de los procesos, a nivel general y por una autoridad investida de carácter representativo. La disputa a favor de la codificación o a favor de la costumbre representa, políticamente, el forcejeo entre el nuevo y el antiguo orden.⁽¹³⁾ Lo que tiende a demostrar que la defensa de la ley positiva como única fuente de la ilicitud penal nace, no por razones epistemológicas, sino del fin político de protección a la libertad personal. Esta es, justamente, la postura de CARRARA.

Parece contrastar el reconocido jusnaturalismo carrariano con el pensamiento positivista de FERRI. Desde el momento mismo en que la Escuela Positivista postula la "existencia" de un delito natural, precedente histórico y lógicamente a la noción legal del delito, es necesario un esquema a partir del cual sea dable sig-

* Los principios generales del derecho penal en la teoría carrariana son profundos. Una de las tareas importantes que podría trazarse un investigador contemporáneo sería la de examinar en qué medida los más recientes conceptos aparecen ya prefigurados en el Programa de Derecho Criminal. Solo que el estado de la teoría jurídica, que ha evolucionado después de él, no le permitía llegar todavía a elaboraciones acabadas.

(12) KELSEN, Hans; *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; trad. de Eugenio Bulygin; Centro Editor de América Latina; 1969; pág. 136. Podría objetarse en contra lo ocurrido con el Common Law. Pero no puede perderse de vista la importancia que para las decisiones de los jueces han tenido los Bills of Rights, el más importante de los cuales se remonta al año de 1215.

(13) Es famosa la polémica entre THIBAUT y SAVIGNY. En su tesis contra la codificación, el último no deja de referirse con reluctancia al espíritu revolucionario de 1789. Cfr. Thibaut-Savigny; *La Codificación*; Trad. de José Díaz García; Ed. Aguilar; 1970; pág. 246.

nar una conducta como delictuosa, y ese esquema, obviamente, tiene que ser análogo a cualquiera empleado por las corrientes jusnaturalistas. Se afirma que el jusnaturalismo, en esencia, está presente en el pensamiento de CARRARA en la tendencia racionalista, pero ello no corresponde a la verdad. Mientras el positivismo penal italiano ha elaborado una noción del delito natural, la teoría clásica no lo ha intentado, o por lo menos no lo ha intentado CARRARA, reconocido como su eximio representante; por el contrario, no cesa un momento en su afán de elaborar solamente una definición legal del delito. "Un acto se convierte en delito sólo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, puede ser malvado, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta".⁽¹⁴⁾ Y si todas las anteriores declaraciones no fueran suficientes, baste poner de relieve como, mientras los positivistas italianos pretenden elaborar una definición del delito como "acción" (desde el punto de vista "natural" y legal), CARRARA rechaza ese punto de partida: "Nótese que el 'delito' no ha sido definido como una 'acción', sino como una 'infracción'. Por lo tanto, su noción no se deduce ni del 'hecho material' ni de la 'prohibición de la ley', aisladamente considerados, sino del 'conflicto' entre aquél y ésta. Por consiguiente, la 'idea' del delito no es sino una idea de 'relación', es a saber, la relación de 'contradicción' entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el 'ente jurídico' al cual se da el nombre de delito, u otro sinónimo".⁽¹⁵⁾ Esa expresión, 'ente jurídico', por cierto que fue la piedra de escándalo para propugnar una noción antropológica del delito; pero si la ciencia del derecho tiene como su objeto la norma, escrita o consuetudinaria, su carácter es el de una ciencia normativa (jurídica) y no causal; la ciencia del derecho penal describe el delito como un ente ideal (delito-norma) y no como un ente fenoménico (delito - hecho). La actual teoría fundamental de derecho se encuentra mucho más cerca de CARRARA que de FERRI, autor éste a quien es necesario reconocer el inmenso mérito de impulsar el estudio de las ciencias causales de la delincuencia, que difieren por objeto y por método, de la ciencia jurídica. Una noción del delito como ente jurídico se encuentra más próxima al positivismo jurídico que la noción del delito natural (y aún que la noción del delito legal) defendida por los positivistas italianos. KELSEN puntualiza al res-

(14) CARRARA Francesco; ibídem pág. 45.

(15) CARRARA, Francesco; ibídem; págs. 50-51.

pecto: "La conducta que se adecúa al derecho no es el derecho, como tampoco lo es la que no se adecúa al mismo. El derecho y la conducta que se adecúa o no a él son dos cosas diferentes. 'Adecuación' designa una relación entre dos cosas que, precisamente porque se trata de una relación, no pueden ser idénticas".⁽¹⁶⁾ Claro que a ésta precisión solo se ha llegado muchos años después de la época de CARRARA, pero resulta notable que este autor se encuentre mucho más cerca de la moderna doctrina del delito como entidad ideal que los mismos positivistas italianos del derecho penal: la norma - delito, al fin y al cabo, es entidad ideal análoga a la idea de relación. La moderna doctrina de la tipicidad habrá de dar a la tesis de la "relación" de CARRARA su ubicación bajo la designación de "adecuación típica", concepto bien diferente del propio "tipo de delito".

Considero suficientes las anteriores razones para probar que las ideas fundamentales de CARRARA acerca del derecho penal están muy cerca del positivismo formalista. Digo cerca para designar positivismo jurídico puro a un sistema acabado de pensamiento. Fuera de las ideas fundamentales, la extensa obra carrariana tiene un sentido de política jurídica que pretende establecer "los preceptos que el legislador debe obedecer en el ejercicio de la alta misión de determinar qué acciones pueden ser consideradas como delito en el Estado gobernado por él",⁽¹⁷⁾ pero dejando a salvo su reconocimiento de que el legislador que no acate tales "preceptos" crea derecho válidamente objetivo, es decir, que la ley injusta es ley, pues al menos permite a los ciudadanos sustraerse del "fluctuante arbitrio del juez". Indagar la medida en que el pensamiento de CARRARA es un anticipo del positivismo jurídico constituye tema de investigación tan apasionante como lo es preguntar la forma como la teoría finalista de la acción está también en él prefigurada. Por eso no puede mirarse con sorpresa el retorno del pensamiento jurídico penal a los derroteros perfilados por CARRARA. Si, como afirma GARCIA MORENTE, en PARMENIDES encontramos el rumbo de todo el discursar filosófico en Occidente,⁽¹⁸⁾ CARRARA parece en trance de asumir el mismo papel para todo discursar jurídico penal.

(16) KELSEN, Hans; ibídem; pág. 19.

(17) CARRARA, Francesco; ibídem; pág. 44.

(18) GARCIA MORENTE, Manuel: Lecciones Preliminares de Filosofía; Editorial Losada; Buenos Aires, 1960; pág. 67.